

## Nouvelle jurisprudence sur le site leg.ch NE 31.10.2011

Vraisemblance d'une discrimination salariale.  
Nécessité d'ordonner une expertise en cas  
d'inégalité salariale, même inférieure à 10%.

- EGALITE.CH SALUE CETTE JURISPRUDENCE QUI RAPPELLE QU'UNE DIFFÉRENCE DE SALAIRE DE MOINS DE 10 % ENTRE UNE EMPLOYÉE ET SES COLLÈGUES MASCULINS PEUT ÊTRE QUALIFIÉE DE DISCRIMINATOIRE SI ELLE NE REPOSE PAS SUR DES FACTEURS OBJECTIFS.
- 

- DE MÊME, SI À L'INTÉRIEUR D'UNE ENTREPRISE, L'ÉQUIVALENCE DES DIVERSES FONCTIONS N'EST PAS IMMÉDIATEMENT ÉVIDENTE OU N'EST PAS ÉTABLIE PAR D'AUTRES MOYENS DE PREUVE, LE JUGE DOIT ORDONNER LES EXPERTISES NÉCESSAIRES. LA DÉTERMINATION DE LA VALEUR INTRINSÈQUE DU TRAVAIL DE LA TRAVAILLEUSE D'UNE PART ET DE SES COLLÈGUES D'AUTRE PART DOIT EN PRINCIPE FAIRE L'OBJET D'UNE EXPERTISE, SI LES JUGES DE PREMIÈRE INSTANCE NE DISPOSENT PAS EUX-MÊMES DES CONNAISSANCES SCIENTIFIQUES ET TECHNIQUES NÉCESSAIRES.
- 

- **LES FAITS**

T1 a été engagée dès le 1<sup>er</sup> décembre 1994 par E1, exploitée par E2, pour un salaire mensuel brut de CHF 3'000.–. Dès le 1<sup>er</sup> avril 1999, T1 a exercé son travail en tant que vendeuse-magasinière. Les rapports de travail ont pris fin en juin 2006, sa rémunération s'élevait alors à CHF 3'532.– brut par mois.

Le 26 novembre 2008, T1, s'estimant victime d'une discrimination salariale au sens de la LEg par rapport à son collègue T2, vendeur-magasinier également, lequel dispose d'un salaire mensuel de CHF 300.– supérieur au sien, a demandé le remboursement de cette différence de salaire pour les trois dernières années de son engagement ainsi que le paiement d'une indemnité équitable pour la perte subie sur la rente d'invalidité octroyée entre-temps. E2 a refusé d'entrer en matière et affirmé que la différence de salaire s'expliquait par des motifs objectifs. T1 a alors décidé d'agir en justice, et, suite à l'échec de la tentative de conciliation, a saisi le Tribunal des prud'hommes du district de Neuchâtel demandant que E2 soit condamnée au versement d'un montant global de CHF 22'800.–, soit CHF 10'800.– pour la différence salariale mensuelle de CHF 300.– sur trois ans et CHF 12'000.– pour la perte éprouvée sur le montant de sa rente invalidité. Elle exposait dans sa demande que deux de ses collègues masculins, T2 et T3, gagnaient CHF 300.– brut de plus par mois qu'elle, alors que leur travail était comparable, voire même de moindre valeur que le sien.

E2 a conclu au rejet de la demande en indiquant notamment que la comparaison avec la situation de T2 et T3 n'était pas possible du fait que leurs fonctions étaient différentes.

Par jugement du 27 septembre 2010, les juges de première instance du tribunal des prud'hommes ont rejeté la demande au motif que la limite à partir de laquelle la jurisprudence retient pour vraisemblable une discrimination salariale n'était pas atteinte en l'espèce (8,6% avec T1 et 13,4% avec T2). Les juges de première instance ont également estimé que les fonctions des employé·e·s n'étaient pas équivalentes. **Ils ont ainsi conclu que dès lors que la discrimination salariale à raison du sexe n'avait pas été rendue vraisemblable par T1, sa demande de mettre en œuvre une expertise devait être rejetée.** Le tribunal des prud'hommes a encore ajouté que, même si T1 avait pu rendre vraisemblable cette différence de salaire, la demande aurait été rejetée dès lors qu'il estimait que ladite différence reposait sur des facteurs objectifs.

T1 a déposé un recours auprès de la Cour de cassation civile du Tribunal cantonal neuchâtelois contre le jugement du tribunal des prud'hommes critiquant le fait que les juges de première instance n'avaient pas donné suite à sa demande de mettre en œuvre une expertise. Elle reprochait également aux premiers juges d'avoir systématiquement sous-estimé ses activités pour valoriser à tort celles de ses deux collègues. E2 a conclu au rejet du recours.

La Cour de cassation civile du canton de Neuchâtel a cassé le jugement du tribunal des prud'hommes et lui a renvoyé la cause pour instruction complémentaire et nouveau jugement dans le sens des considérants.

---

#### ● LE DROIT

Au terme de l'article 5 al. 1 LEg, celui qui subit une discrimination dans la rémunération a le droit de réclamer la différence entre le salaire effectivement convenu et celui que l'employeur aurait accordé sans la discrimination. Selon l'article 6 LEg, la discrimination est présumée si le travailleur qui s'en prévaut la rend vraisemblable. Une fois cette vraisemblance établie, c'est à l'employeur de démontrer l'inexistence de la discrimination, en prouvant que la différence de salaire repose sur des facteurs objectifs comme par exemple la formation, l'ancienneté, la qualification, l'expérience, le domaine concret d'activité, les prestations effectuées, les risques encourus, le cahier des charges; la différence peut également être justifiée pour des motifs ne se rapportant pas immédiatement à l'activité en cause, mais qui découlent de préoccupations sociales, telles que les charges familiales ou l'âge. À noter que des facteurs objectifs ne justifient généralement une différence de rémunération que dans la mesure où ils influent sur la prestation de travail et sur la rémunération. Dans le cas présent, le juge constate d'office les faits pertinents, ainsi, **si à l'intérieur d'une entreprise, l'équivalence des diverses fonctions n'est pas immédiatement évidente ou n'est pas établie par d'autres moyens de preuve, le juge doit ordonner les expertises nécessaires.** Un refus d'ordonner une expertise demandée par une partie constitue une violation de l'art. 12 al. 2 LEg ou, dorénavant, de l'art. 247 al. 2 let. a CPC, à moins que l'expertise apparaisse d'emblée inutile parce que, par exemple, le juge dispose lui-même des connaissances scientifiques nécessaires pour élucider une éventuelle discrimination liée au sexe. Chaque partie peut en faire la demande (TF, arrêt 4A\_115/2011 du 28 avril 2011, c. 5).

**En l'espèce, l'opinion des premiers juges selon laquelle une différence de salaire entre T1 d'une part, et T2 et T3 d'autre part, ne serait pas suffisante pour considérer comme**

vraisemblable une discrimination à raison du sexe, est erronée. En effet, dans l'arrêt du Tribunal fédéral précité, il a été retenu que si la valeur intrinsèque du travail confié à la travailleuse, qui se plaignait de discrimination, se révélait supérieure à celle de son collègue masculin mieux rémunéré, une différence de salaire en faveur de ce dernier, même inférieure à 10 %, serait l'indice objectif d'une discrimination (considérant 6). Le Tribunal fédéral a ajouté qu'il était donc indispensable de constater les occupations et les responsabilités des travailleurs dont on comparait les situations, puis de les évaluer si elles comportaient des différences, cette démarche nécessitant en principe une expertise. En l'espèce, il n'apparaît pas que les juges de première instance disposaient des connaissances scientifiques et techniques nécessaires à une telle évaluation. Par ailleurs, au vu des faits retenus, il n'est pas possible, sans plus ample examen, de dire que le travail effectué par T1 d'une part, et T2 et T3 d'autre part, n'était pas de valeur égale.

---

#### ● INFOS

Le Bureau fédéral de l'égalité entre hommes et femmes BFEG a édité un mémento sur les expertises judiciaires en matière de discrimination salariale.

- ▶ <http://www.ebg.admin.ch/dokumentation/00012/00194/00205/index.html?lang=fr>

Pour des explications plus détaillées : Marianne Schär Moser, Jürg Baillod, *Discriminations salariales et instruments d'analyses Un guide pour la pratique juridique*, Bureau fédéral de l'égalité femmes et hommes, Fédération suisse des avocats, Berne 2006.

ATF 4A 115/2011 du 28.04.2011

- ▶ [www.leg.ch/jurisprudence/arret/ne\\_31.10.2011](http://www.leg.ch/jurisprudence/arret/ne_31.10.2011)